

# 计算机软件著作权正当性探讨

马永强

(厦门大学法学院,福建厦门,361005)

**【摘要】:** 计算机软件的法律保护是如今热点问题,目前有多种保护模式,其中主要是著作权保护模式。著作权保护模式有其方便快捷的优点,也面对着众多质疑,计算机软件著作权是否具有正当性,从功利论、劳动论以及人格论等传统知识产权正当性证成理论出发,可以推导出著作财产权具有理论支持,而难以解释计算机软件的人格属性。

**关键词:** 计算机软件;著作权;正当性

计算机软件,是指为使电子计算机发挥功能并可运算出结果而又指令构成的集合体,包括计算机程序及有关文档。计算机程序,是指为了得到某种结果而可以由计算机等具有信息处理能力的装置之行的代码化指令序列,或者可以被自动转换成为代码化指令序列或者符号化语句序列。自1965年前联邦德国的奥尔施莱格在联邦德国《工业产权与版权》杂志(国际版)上发表了"计算机程序应当和可能受到保护吗?"一文来,计算机软件能否作为知识产权的保护对象及保护模式,一直在世界范围内广泛讨论。本文从传统知识产权正当性理论讨论计算机软件的著作权正当性。

## 一、计算机软件的著作权保护模式

在当今国际世界,计算机软件的著作权保护模式是国际上比较流行的保护模式,也是未来计算机软件保护的主要趋势。计算机软件的著作权保护模式始于1972年的菲律宾著作权法。而1980年美国修改著作权法,首次正式将计算机软件纳入著作权法保护范围后,由于美国是世界首屈一指的计算机软件大国,使得著作权保护模式逐渐成为国际潮流。目前,采取著作权法保护模式的国家已经将近五十个。1993年的《知识产权协定》也作为国际条约将计算机软件列为文字作品。著作权法保护模式较其他两种保护模式具有以下优点:软件一经完成即取得著作权,能够迅速及时地得到保护;著作权的专有性没有专利权强,所以推广起来比较容易;著作权的保护期限较其他保护方式最长,使得计算机软件能够得到长久的保护。

我国采取著作权法保护模式,计算机软件属于著作权法中的作品。我国著作权法第三条规定:"本法所称的作品,包括以下列形式创作的文学、艺术和自然科学、社会科学、工程技术等作品:(八)计算机软件。"著作权法实施条例第二条规定:"《著作权法》所称作品,是指文学、文艺和科学领域内具有独创性,并能以某种形式复制的创造成果。"

## 二、对计算机软件著作权正当性的质疑

计算机软件的著作权保护模式在世界范围内逐渐成为计算机软件的主要保护模式的同时,其正当性也受到很多质疑,主要表现在:

第一,计算机软件与传统的知识产品不同,必须借助计算机硬件才能完成一定的任务,仅其软件内容而言,只是0和1组成的文档,如何体现其作为作品的独创性?而作品的独创性是法律保护作品表达方式的客观依据,是此作品区别于彼作品的重要标志,也是作品取得著作权的最主要条件。既然计算机软件连独创性都无法体现,何以授予著作权?

第二,计算机程序究竟是著作权法中的思想观念的表达式,还是操作方法?就其应用而言,计算机程序一般在植入电脑等硬件之后,是一系列指令的运行,具体来说,是计算机为执行某项任务的机器内部操作方法。如果是操作方法,一般是不能授予著作权。美国著作权法第102条第二款规定:"在任何情况下,对于作者原创性作品的版权保护,都不延及于思想观念、程序、工艺、系统、操作方法、概念、原则和发现,不论它们在该作品中是以何种形式描述、解释、说明或体现的。"类似的著作权立法还

有法国知识产权法等,国际条约有世贸组织的Trips协议等都明确规定操作方法不适宜授予著作权。

第三,传统的著作权客体,主要有文字作品、音乐作品、美术作品、建筑作品、摄影作品、电影作品、图形作品和模型作品等等,这些作品都是读者通过感官系统来认知作者所表达的思想内容。而计算机软件很显然不是为了看或者听的,是为了推广和应用的,计算机软件的内容,他人如果不通过运行该软件,仅通过阅读计算机程序和文档,是无法得知作者所要表达的意思。所以,计算机软件同传统的著作权客体,在作品应用方式上存在着差别,将计算机软件归于文字作品或其他作品,显得有些牵强。

第四,推动计算机软件进行著作权保护的国家主要都是美国、欧洲等软件技术发达的国家,这些国家大力推动计算机软件著作权的保护力度,并非基于计算机软件著作权的正当性,而是基于本国利益,这与知识产权促进全世界文明进步的立法宗旨相违背,计算机软件著作权的正当性究竟在何处?

## 三、传统知识产权正当性理论视角

基于以上质疑,笔者从传统知识产权正当性三大证成理论为视角,寻找计算机软件著作权的正当性来源。传统的知识产权正当性的三种主要理论有功利论,劳动论,人格权论。

### 1. 功利论视角

知识产权功利论来源于功利主义学者亚当·斯密,边沁等对功利主义思想的阐述,其基本内容为:给创造者授予知识产权,是为创造者带来激励,促使其愿意投入创造活动,努力为社会创造出丰富而有价值的知识产品,从而使社会公众能够充分利用这些知识产品,进而促进社会总福利或者社会净福利的最大化。功利论的核心概念是社会总福利。

功利论强调市场的需求和供给,体现了市场的激励机制与消费者需求杠杆的基础作用。对于软件产业,是当今世界的支柱产业,是美国、欧洲、日本等国对外出口的重要产业,造就了微软、IBM等一大批企业的神话。众多软件公司组织人力、财力开发软件,方便人们生活,所以计算机软件作者理所当然的获得著作权,以激励其投入更多精力开发软件,促进社会进步,从功利论视角推理,这似乎天经地义,仔细推敲,就会发现存在很多缺陷。首先,计算机软件著作权是否有利于社会总福利的最大化,缺乏详细的数据证明。计算机软件作者被授予著作权后,很难说一定会创造出更多的社会福利,且不说微软等软件业巨头在全球获得巨大财富的同时,更在世界范围带来垄断等不利于社会福利的因素。其次功利论无法解释软件著作权中著作人身权的正当性。功利论只能解释著作财产权的正当性,而难以推导出计算机软件著作权中的发表权、署名权、作品修改权、保护作品完整权等权利的来源。

### 2. 劳动论视角

劳动论的代表是洛克的《政府论》。知识产权劳动论的基本内容是:创造性智力成果是创造者付出智力劳动创造出来的,其劳动在道德上应当获得回报,而回报方式便是赋予他们对于那些智力成果的独占性权利,即知识产权。洛克劳动论有两个前提假设,第一是世界为全人类共有,第二是创造者在(下转第52页)

置好的系统具有下面的特点:

- 域名系统(Domain Name System,DNS)、WINS 服务、DHCP。
- AD 服务,打印机服务,文件共享服务。
- 一个域模型和一个域级帐户,每个节点都是同一个域的成员。
- 2 个 quorum disk(SCSI)S: 1.2GB;Q:500MB(用 plainmaker.exe 工具设置)
- 每个节点上的所有网络界面均拥有静态 IP 地址。
- 一个用于连接客户端公用网络,另一个用于连接节点对节点专用群集网络。

## 2.2.2 群集服务相关的安装和配置

### (1) 安装群集服务

在安装前先验证各个节点间是否能进行通信且在各个节点上都能够访问 quorum disk。

选择一个节点机,登录一个拥有所有节点管理许可的帐户,然后按下述步骤安装:

在"群集管理器"中,创建新群集,赋予群集唯一 NetBIOS 名称,这里为 MyCluster;创建群集第一个节点服务器 YDH1;设置群集 IP 地址 192.168.10.1;设置在预安装时创建的群集服务帐户 cluster 和密码。

如果需要,可以使用仲裁按钮,更改由默认自动选择的磁盘指派的仲裁磁盘。

在一个节点安装完成后可以使用群集管理器(CluAdmin.exe),在 YDH1 上验证群集服务,确认所有的资源均顺利地实现了联机。最后在 YDH1 上利用群集管理器添加群集里的另外两个节点,安装向导将对所有节点执行分析,以便确认它们得到了正确的配置。

### (2) 配置群集服务

配置网络:对所有网络选定"针对群集应用启用"和"所有通信(混合网络)"复选框。

配置心跳:选定"针对群集应用启用该网络"和"仅用于内部群集通信(专用网络)"。

配置仲裁磁盘:在"仲裁资源"列表框中,选择一个不同的磁盘资源。"仲裁资源"列表框中所选定的是"磁盘 Q"。

### (3) 新建资源

分别创建 DHCP,打印机,文件共享 3 个组,配置好 IP 地址、服务名称、仲裁设备等参数。其中 DHCP 服务的具体配置如下:

Cluster IP/Subnet:192.168.10.3 255.255.255.0

Cluster name: DHCP

仲裁设备:Local quorum

网络:Public

资源类型:DHCP 服务

数据库路径/审核文件路径/备份路径:S:\WINDOWS\system32\dhcp\,S:\WINDOWS\system32\dhcp\,S:\WINDOWS\system32\dhcp\backup\

至此 MSCS 已基本配置完成可以开始运作了,并能提供一定的资源服务。可以使用"服务"程序确认群集服务已显示在列表上并已启动。这时也可以安装其他群集资源,比如 Exchange Server 等。

## 3、MSCS 服务测试

测试方案的目标是测试 MSCS 的故障转移与恢复策略实现情况,要求实现 MSCS 的故障转移与恢复策略并验证资源是否能执行故障转移与恢复。

测试设计了组故障、组资源故障、节点故障、网络服务故障等故障测试,线缆、电源、专用网络和公用网络故障等硬件测试。测试中主要考察群集组、组资源、DHCP 服务、文件共享服务和打印机服务的故障转移与恢复测试。

测试结果表明 MSCS 能够有效地实现故障转移与服务恢复,保证系统的高可用性。

## 4、结论

在 MSCS 中转移的是数据,而不是服务,服务在每个节点上运行。MSCS 中的所有结点若只配置一个网卡时,既要数据交换还要监听心跳信息,则会有很大的延迟。

Microsoft 群集服务使用价格适宜的标准硬件提供高可用性,同时最大程度地利用计算资源,虽然无法保证无间断运作,但确实能够为多数关键任务应用程序提供足够的可用性。群集服务可以对应用程序和资源进行监控,并能够自动识别和恢复众多故障状况。对于中小型企业而言选用 MSCS 集群可以获得高稳定性、高可用性的企业服务器,同时有较低的投入成本。

本文没有进行压力测试,这还需要进一步的工作。

## 参考文献:

- [1] 微软公司.Microsoft 群集解决方案[EB/OL].<http://www.microsoft.com/china/technet/archives/columns/tips/w2kclust.asp>.
- [2] 赵松涛.深入浅出网络服务器配置与管理[M].北京:人民邮电出版社,2006.
- [3] 刘晓辉.网络服务器搭建与管理[M].北京:电子工业出版社,2005.

(上接第 60 页)

取得知识产权的同时,不能造成浪费。劳动论体现了道德的优越性,诉诸于自然法,为有形财产权提供了理论基础。软件开发者付出劳动开发软件,因此取得著作权,很符合自然道德准则。并且依照劳动论推理,劳动者的著作权不能损害社会公众的共有权,可以很好的解释对著作权的合理使用制度等限制制度。但是劳动者取得著作权,是否少于劳动者给予其他人的好处,没有造成浪费,却很难考证。现实中存在大量因为应用软件漏洞致使计算机系统崩溃的现象。而且与人格论一样,从劳动论视角,并不能说明计算机软件的著作人身权来源。

## 3、人格论视角

知识产权人格论来源于黑格尔的哲学思想,黑格尔认为人格就是人的资格,人的资格应该是人的个体实践自己意志的资格。人有权将他的意志体现于任何物中,财产权对个人的生存是必不可少的。知识产权人格论的主要内容是:人可以通过创造将个人人格体现于智力产品,创造者可以取得智力产品财产权和人格权。

人格论既可以说明著作财产权的来源,又能解释知识产权中的人格属性。从人格论视角,开软件发者可以通过创作,取得

计算机软件著作权,包括著作财产权和著作人身权。但是基于人格论,就可以推导出不仅软件开发者具有著作权,使用者也可以取得著作权,这使现实中的软件盗版现象成为合法行为,显然不利于保护软件开发者的利益。而且,计算机软件开发中,作者将其人格属性体现于何时以及何处?是在运行的电脑上,还是程序所在的文档本身吗?据上所述,1 和 0 的排序很难讲通是作者人格属性的体现。

## 参考文献:

- [1] 吴汉东主编.知识产权法[M].北京:法律出版社,2009:2
- [2] 吕彦主编.计算机软件知识产权保护研究.北京:法律出版社,2005:6.
- [3] 应明,孙彦著.计算机软件的知识产权保护北京.知识产权出版社,2009:3.
- [4] 李明德,许超著.著作权法[M].北京:法律出版社,2009:1.
- [5] 冯晓青.知识产权法哲学[M].北京:中国人民公安大学出版社,2006:3.
- [6] 吴汉东.法哲学家对知识产权法的哲学解读[J].法商研究,2003:5.
- [7] 洛克《政府论》,冯克利译,上海:三联书店,2007:2.